Journal of Fiqh and Usul

HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/ Vol. 54, No. 4: Issue 131, Winter 2023, p.9-27

Online ISSN: 2538-3892 Print ISSN: 2008-9139

Receive Date: 26-08-2020 Revise Date: 21-12-2020 Accept Date: 23-12-2020

DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2020.62639.0 Article type: Original

The fall of guardianship over the marriage of the mature virgin just due to *azl*-unreasonable prevention of marriage - and its consequences

Dr. Seifollah Ahadi Assistant Professor of Jurisprudence and Islamic Law at Azarbaijan shahid madani University

Email: ahadi@azaruniv.ac.ir

Abstract

Guardianship over the marriage of the virgin Rashidah is a controversial issue among Imami jurists. In this matter, following the unpopular opinion in Article 1043, Iran's civil law has accepted such a guardianship and following the jurists' view of the validity of the guardian's permission, it has been decided that if the guardian refuses to give permission without a valid reason, the validity of his permission will be revoked. The challenging issue is that in the case of unjustified obstruction, the guardian's guardianship is lost only in relation to the *azl* or in general and in all matters ?

After following the arguments and opinions of the jurists and analyzing the mentioned issue through the analytical method of documents, the author has come to the belief that the proof of such guardianship is only for the purpose of respecting the interests of the pupil and in case of the guardian's *azl*, his incompetence and betrayal are confirmed. By referring to the traditions passed down from the infallible imams (a.s.), the appropriateness of the ruling and the subject matter, the argument on the analogy of priority and the rules of la *haraj* and la *zarar*(no-harm and no-damage), the certainty of the proof of the right of guardianship, the rule of action for damage and the principle of *isteshab*, it can be acknowledged that such a prevention causes the complete downfall of the guardianship and the independence of the mature virgin.

Keywords: Azal of guardian, mature virgin's marriage, guardianship in marriage, fall of guardianship.

Journal of Fiqh and Usul

HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/

سال ۵۴ - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۳۱ - زمستان ۱۴۰۱، ص ۲۷ - ۹

شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸

شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۶/۰۵

تاریخ بازنگری: ۱۳۹۹/۱۰/۰۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۰/۰۳

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2020.62639.0

سقوط ولایت ولی بر نکاح باکره رشیده به صرف عضل و اثر مترتب بر آن

دکتر سیف اله احدی

استادیار فقه و حقوق اسلامی دانشگاه شهید مدنی آذربایجان

Email: ahadi@azaruniv.ac.ir

چکیده

ولایت بر نکاح باکرهٔ رشیده مسئله‌ای اختلافی بین فقهای امامیه است. قانون مدنی ایران در این مسئله بـه پیـروی از قول غیرمشهور در مادهٔ ۱۰۴۳ چنین ولایتی را پذیرفته و به‌پیروی از نظر اتفاقی فقهای قائل به اعتبـار اذن ولـی، بـرآن شده است که هرگاه ولی بدون علتِ موجه، از دادن اذن مضایقه کند، اعتبار اذن او ساقط می‌گردد. مسئلهٔ چالشی این است که ولایت ولی در صورت ممانعت توجیه‌ناپذیر، صرفاً در خصوص عضل ساقط می‌شود یا به‌طورکلی و در همهٔ امور؟ نویسنده پس از تتبع در ادله و آرای فقها و تحلیل مسئلهٔ مذکور به‌روش تحلیلی‌اسنادی به این باور رسیده اسـت که ثبوت چنین ولایتی صرفاً به‌منظور رعایت مصلحت مولّی‌علیه است و در صـورت عضـل ولـی، عدم‌صـلاحیت و خیانت او احراز می‌شود. با استناد به روایات رسیده از امامان معصوم(ع)، مناسـبت حکـم و موضـوع، اسـتدلال بـه قیاس اولویت و قاعده‌های لاحرج و لاضرر، قدر متیقن از ثبوت حق ولایت، قاعدهٔ اقدام به زیان و اصل استصحاب، می‌توان اذعان یافت که چنین ممانعتی سبب سقوط ولایت به‌طورکلی و استقلال باکرهٔ رشیده می‌شود.

واژگان کلیدی: عضل ولی، نکاح باکرهٔ رشیده، ولایت در نکاح، سقوط ولایت.

مقدمه

باتوجه‌به احکام و قواعد خاص باب نکاح، برای برخی از افراد راجع به اشخاص خاصی ولایت در عقد نکاح قرار داده شده است. این افراد که از آن‌ها به اولیای عقد یاد می‌شود منحصر است به پدر، جد پدری (هرچه بالاتر رود)، وصی آن‌ها و حاکم. ولایت پدر و جد پدری که به‌سبب رابطهٔ خویشاوندی است، بنا بر نظر فقها در خصوص دختر و پسر صغیر، دختر و پسر مجنون (صاحب‌جواهر، ۱۷۲/۲۹؛ خمینی، ۲۵۴/۲) و بنا بر نظر برخی، در خصوص دختر و پسر بالغ سفیه نیز ثابت است (شهید ثانی، ۱۱٦/٥).

دربارهٔ ولایت پدر و جد پدری بر دختر بالغهٔ باکرهٔ رشیده بین فقها اختلاف‌نظر است، به‌طوری‌که از سوی فقهای امامیه هشت قول ذکر شده است که عبارت‌اند از: ۱. استمرار ولایت ولی (ابن‌بابویه ۲۵۰/۳؛ طوسی، النهایة، ٦٤٥؛ همو، الخلاف، ۲۵۰/٤؛ ابن‌براج، ۱۹٤/۲؛ بحرانی، ۲۱۱/۲۳)؛ ۲. استقلال باکرهٔ رشیده به‌طور مطلق (چه نکاح دائم باشد و چه نکاح منقطع)، برای این قول قائلانی در میان فقهای متقدم و متأخر است و در بین فقهای متأخر مشهور است (طوسی، التبیان، ۲۷۳/۲؛ ابن‌ادریس، ٥٦۱/۲؛ محقق حلی، ۲۲۰/۲؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ۱٤/۳؛ حلی، ۲۱/۳؛ محقق کرکی، ۱۲۳/۱۲؛ شهید ثانی، ۱۱٦/٥؛ طباطبایی، ۸٤/۱۱؛ صاحب‌جواهر، ۱۷٤/۲۹) و بلکه ادعای اجماع نیز شده است (علم الهدی، ۲۸٤)؛ ۳. استمرار ولایت ولی فقط در نکاح دائم (طوسی، تهذیب الاحکام، ۳۸۰/۷)؛ ٤. ثبوت ولایت فقط در نکاح منقطع، چنان‌که گفته شده است قائل قول مذکور نامعلوم است، بلکه صرفاً از سوی فقها حکایت شده است (محقق حلی، ۲۲۰/۲؛ صاحب‌جواهر، ۱۷۹/۲۹؛ فاضل لنکرانی، ۱۰۰)؛ ٥. تشریک ولایت بین ولی و باکرهٔ رشیده (ابوالصلاح حلبی، ۲۹۹؛ مفید، ٥۱۰؛ طباطبائی یزدی، ۸٦٤/۲) و گفته شده که روایات دال بر قول مذکور (حر عاملی، ۲۸٤/۲۰) ازنظرِ سندی و دلالتی اظهر است و این قول موافق احتیاط نیز است (خمینی، ۲٥٤/۲؛ تجلیل تبریزی، ٦۱۱؛ سبحانی، نظام النکاح، ۱۷٤/۲).

افزون بر پنج قول ذکرشده، سه قول دیگر نیز در مسئله وجود دارد که برخی از فقها صرفاً آن را نقل کرده‌اند: ٦. تشریک بین باکرهٔ رشیده و پدر او، نه سایر اولیا؛ ۷. هریک از پدر و دختر باکرهٔ رشیده مستقل هستند، هرچند استئذان از دیگری افضل و مستحب است؛ ۸. استقلال‌داشتن دختر باکرهٔ رشیده، استیذان از ولی موافق احتیاط است؛ اما اگر مختار باکرهٔ رشیده سبب هتک شرف ولی شود او می‌تواند ممانعت کند (بحرانی، ۲۱۲/۲۳؛ سبحانی، نظام النکاح، ۱۷٤/۲).

گفتنی است افزون بر اقوال مذکور، احتمالاتی نیز در مسئله مطرح شده که در کتب فقهی بدان پرداخته شده است (کاشف الغطاء، ۱۸).

پس از تبیین اقوال فقها در خصوص اعتبار اذن ولی در نکاح باکرهٔ رشیده، در صورت قول به چنین

ولایتی که بر اساس آن مادۀ ۱۰۴۳ ق.م نیز مقرر داشته است: «نکاح دختر باکره اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازۀ پدر یا جد پدری او است»، اگر اولیای مذکور از ازدواج دختر باکرۀ رشیده با کفو او با وجود میل و رغبت دختر به ازدواج با او بدون علتِ موجه ممانعت کنند، ولایت آن‌ها ساقط می‌شود و او می‌تواند به‌طور مستقل و بدون اذن آن‌ها عقد نکاح خود را منعقد سازد. آنچه از این حکم به‌طور قطع مستفاد می‌شود این است که چنین دختری برای انعقاد عقد نکاح با همان مردی که کفو اوست و ولی او از ازدواج آن‌ها ممانعت می‌کند، نیازی به اذن ولی ندارد و مستقلاً می‌تواند عمل کند.

آنچه درخورِ بحث و بررسی است اینکه اگر آن‌ها موفق به انعقاد عقد نکاح نشوند، مثل اینکه آن‌ها پس از تحقیق و بررسی بیشتر از خصوصیات یکدیگر بنا بر دلایلی حاضر به انعقاد عقد نکاح نشوند یا به‌سبب آزمایش‌های خونی انجام‌گرفته، ازدواج آن‌ها مناسب تشخیص داده نشود یا حتی اگر منجر به عقد شود، پس از انعقاد عقد و قبل از برقراری رابطۀ زناشویی (دخول) طلاق اتفاق افتد یا زوج فوت کند (بر اساس این مبنا که برای سقوط ولایت، صرف وقوع عقد را کافی ندانیم، بلکه افزون بر آن ازالۀ بکارت به‌سبب وطی شوهر را نیز لازم بدانیم)، آیا برای انعقاد عقد نکاح چنین دختری با خواستگار بعدی، اذن ولی لازم خواهد بود؛ چراکه همچنان عنوان باکرۀ رشیده بر چنین دختری صادق است و ولایت ولی تنها در خصوص یک مورد ساقط شده و در سایر موارد همچنان اذن او معتبر و شرط است یا اینکه به‌سبب سقوط ولایت او در خصوص خواستگار سابق، دیگر هیچ ولایتی برای او وجود نخواهد داشت، مگر اینکه دلیل خاصی بر بازگشت آن دلالت کند؟

در کتب فقهی به بحث عضل ولی پرداخته شده و پژوهش‌های متعددی نیز در این خصوص به رشتۀ تحریر در آمده است (عظیم‌زاده اردبیلی، ٦٨؛ ایزدی‌فرد و کاویار، ۳۵)؛ اما در خصوص مسئلۀ بیان‌شده هیچ تحقیق مستقلی انجام نگرفته است و ازآنجاکه مسئلۀ مذکور به‌وفور مبتلابه بوده و در قانون مدنی نیز مطلبی در این خصوص بیان نشده و در تحلیل حقوقی مادۀ ۱۰۴۳ ق.م نیز از این نظر بدان پرداخته نشده است و این امر سبب برداشت‌های مختلف از آن می‌شود، تحقیق در مسئلۀ مذکور اهمیت زیادی دارد، ازاین‌رو نویسنده در پژوهش حاضر به شیوۀ تحلیلی‌اسنادی و با تتبع در متون فقهی و حقوقی می‌کوشد با واکاوای و بررسی زوایای مختلف مسئله به تبیین آنچه موافق تحقیق است بپردازد.

۱. مفهوم‌شناسی واژۀ عضل و شرایط آن

فقهای قائل به اعتبار اذن ولی در نکاح باکرۀ رشیده معتقدند در صورت عضل ولی، ولایت او ساقط می‌شود و قانون مدنی نیز از همین دیدگاه تبعیت کرده است؛ لذا ضروری است قبل از ورود به اصل بحث،

مفهوم واژهٔ عضل ازنظر لغت‌شناسان و فقها و حقوق‌دانان تبیین و سپس وجوه و شرایط آن بحث و بررسی شود.

عضل در لغت به‌معنای در تنگنا قراردادن کسی در کاری و فاصله‌انداختن بین او و خواسته‌اش از روی ظلم و ستم است (فراهیدی، ۲۷۸/۱) و عبارت «عَضَلَ الرَّجُلُ حُرْمَتَهُ»؛ یعنی منع‌کردن او از تزویج (فیومی، ٤١٥/٢) یا اینکه گفته‌اند عضل؛ یعنی منعِ همراه با در تنگنا قراردادن و از مصادیق آن می‌توان به منع از تزویج زن و در تنگنا قراردادن او اشاره کرد (مصطفوی، ١٦٥/٨). ازنظرِ اصطلاحی نیز عضل عبارت است از اینکه ولی از تزویج مولی‌علیه با مردی که کفو اوست و دختر نیز به ازدواج با او میل و رغبت دارد، ممانعت کند (محقق حلی، ۲۲۱/۲؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ١٤/٣؛ فاضل مقداد، التنقیح الرائع، ۳۲/۳؛ محقق کرکی، ۱۲۷/۱۲؛ خمینی، ٢٥٤/٢؛ جعفری لنگرودی، ٢٥٥٠/٤).

چنان‌که ملاحظه می‌شود برای تحقق عضل بایستی کفویتِ مولی‌علیه با خواستگار وجود داشته باشد و همچنین دختر به ازدواج با او میل و رغبت داشته باشد. ظاهر عبارات فقها که کفو را به‌صورت مطلق به کار برده‌اند شامل کفویت شرعی و عرفی می‌شود؛ یعنی آن‌ها شرعاً و عرفاً کفو هم باشند و بلکه برخی از فقها بدان تصریح کرده‌اند (خمینی، ٢٥٤/٢؛ خوئی، مصباح الاصول، ۲۱۹/۳۳؛ مکارم شیرازی، ۲۷۹). بنابراین اگر ولی از تزویج مولی‌علیه به غیرکفو شرعی[1] ممانعت کند، عضل به شمار نمی‌رود و نیز اگر دختر بخواهد با شخصی ازدواج کند که ازنظرِ شرعی کفو وی است، اما ازنظرِ عرفی کفو هم نیستند؛ مثلاً دختر شریف بخواهد با پسر وضیع ازدواج کند، در اینجا نیز ولایت ولی ساقط نمی‌شود. همچنین اگر دو مرد، کفو مولی‌علیه باشند و ولی ازدواج با یکی را اجازه ندهد و ازدواج با دیگری را بلامانع اعلام کند، در اینجا نیز ولایتش ساقط نمی‌شود (طباطبائی یزدی، ٨٦٥/٢؛ شبیری زنجانی، ٤٠٤٠/١١).

گفتنی است فقها غیبت منقطعِ ولی که سبب غیرممکن‌شدن تحصیل اذن یا مشقت شدید در گرفتن اذن از او می‌شود و مولی‌علیه نیز احتیاج به ازدواج داشته باشد را در معنای عضل می‌دانند و معتقدند که در این صورت اعتبار اذن ولی ساقط می‌شود (طوسی، الخلاف، ٢٧٨/٤؛ محقق سبزواری، ٩٦/٢؛ بحرانی، ۲۳۲/۲۳؛ صاحب‌جواهر، ۱۷۹/۲۹؛ خمینی، ٢٥٤/٢).

قانون مدنی موردی را که پدر و جد پدری در زندان یا غائب باشند و در اثر ندانستن محل اقامت آنان

---

۱. گفتنی است مراد از غیرکفو شرعی، دیندار‌بودن یکی و بی‌دین‌بودن دیگری یا اختلاف در دین‌ها نیست؛ چراکه بنا بر اجماع فقها، نکاح زن مسلمان با مرد کافر به‌طور مطلق و نکاح مرد مسلمان با زن کافر غیرکتابی نیز مطلقاً حرام است و بر اساس قول مشهورتر نکاح مرد مسلمان با زن کافر کتابی به‌صورت نکاح دائم و ابتدائاً (نه استدامتاً) حرام است (شهید ثانی، ۲۲۸/۵و ٢٣٤؛ خمینی، ٢٨٥/٢). بنابراین، منع پدر در این‌گونه موارد منشأ اثر نیست و بی‌فایده و لغو است، بلکه مراد مواردی است که شارع از آن نهی کرده است، ولو نهی تنزیهی باشد؛ مانند نهی از تزویج به شراب‌خوار و فاسق (خوئی، مصباح الاصول، ۲۱۹/۳۳).

دختر نتواند اجازهٔ ازدواج را به دست آورد، پیش‌بینی نکرده است؛ ازاین‌رو برخی از حقوق‌دانان معتقدند کـه بنا بر مستنبط از مادهٔ ۱۰٤٤ ق.م، حق ولایت ولی در این امر ساقط می‌شود و نمی‌تـوان از وحـدت مـلاک مادهٔ ۱۱۸۷ ق.م که مقرر می‌دارد: «هرگاه ولی قهری منحصر، به‌واسطهٔ غیبت یا حبس یا بـه هـر علتـی کـه نتواند به امور مولی‌علیه رسیدگی کند و کسی را هم از طرف خود معین نکرده باشد، حاکم یک نفر امین بـه پیشنهاد مدعی‌العموم برای تصدی و ادارهٔ اموال مولی‌علیه و سایر امور راجع به او موقتاً معین خواهد کـرد»، لزوم تعیین امین و اجازه او را استنباط کرد؛ بنابراین دختر در نکاح خود در مورد مذکور اسـتقلال تـام دارد و مانند موردی است که ولی ندارد (امامی، ۲۸۷/٤).

۲. سقوط ولایت ولی به صرف ممانعت و مشروط‌نبودن آن به تحقق عقد نکـاح و دخول

به‌سبب ممانعت غیرموجهِ ولی از تزویج مولی‌علیه با مرد کفو او، ولایت ولی سـاقط می‌شـود کـه ایـن امری مسلّم است، بلکه در این امر بین فقها اتفـاق‌نظر وجـود دارد (محقـق حلـی، ۲۲۱/۲؛ آبـی، ۱۱۳/۲؛ محقق کرکی، ۱۲۷/۱۲؛ بحرانی، ۲۳۲/۲۳؛ صاحب‌جواهر، ۱۸٤/۲۹؛ حسینی روحانی، ۱٦۲/۲۱؛ فاضـل لنکرانی، ۱۰۲). اما آنچه درخورِ بحث و بررسی است اینکه آیا صرف ممانعت و مخالفت غیرموجـهِ ولـی، سبب سقوط ولایت او می‌شود یا اینکه افزون بر آن، تحقق عقد و وطی شوهر نیز در سقوط ولایت ولی لازم و ضروری است؟ به‌عبارتی دقیق‌تر، آیا سقوط ولایت ولی، افزون بر ممانعـت غیرموجـه او -بـه‌نحو شـرط متأخر- مشروط به تحقق عقد نکاح و برقراری رابطهٔ زناشویی نیز است یا خیر؟ برای یافتن پاسخ مستدل به مسئلهٔ مطرح‌شده لازم است در این بخش مسئلهٔ مذکور به‌طور دقیق واکـاوی شـود، بنـابراین بایسـتی ادلـهٔ سقوط ولایت ولی در صورت عضل و نیز اقوال فقها از این منظر(ازنظرِ اطلاق و اشتراط) بررسی شود.

۳. بررسی ادلهٔ سقوط ولایت ولی در صورت عضل

افزون بر اجماعی‌بودن مسئلهٔ سقوط ولایت ولی و اعتبـار اذن او در صـورت مضـایقه از تـزویج دختـر باکرهٔ رشیده با کفو او، فقها به ادلهٔ دیگری نیز استناد کرده‌اند که عبارت‌اند از:

أ. آیهٔ قرآنی: آیهٔ شریفهٔ «وَ إِذا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاتَعْضُلُوهُنَّ أَنْ یَنْکِحْنَ أَزْواجَهُنَّ إِذا تَراضَوْا بَیْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ» (بقره: ۲۳۲)؛ و هنگامی که زنان را طلاق دادید و عدهٔ خود را بـه پایـان رسـاندند، مـانع آن‌ها نشوید که با همسران (سابق) خویش ازدواج کنند! اگر در میان آنان به‌طرز پسـندیده‌ای تراضـی برقـرار گردد.

برخی از فقها براساس آیهٔ شریفه به سقوط ولایت ولی در صورت ممانعت از تزویج مولی‌علیه قائل شده‌اند. کیفیت استدلال به آیهٔ مذکور بدین صورت است که تمام مردم ازجمله اولیا نهی شده‌اند از اینکه پس از سپری‌شدن عده، مانع نکاح زنان مطلقه شوند و مراد از أزواجهُنّ کسانی است که زنان مطلقه به ازدواج با آن‌ها رضایت دارند، نه اینکه صرفاً شوهران سابق منظور باشد، هرچند احتمال این نیز می‌رود، اما به‌هرحال آیهٔ شریفه دال بر مطلوب است. آری، اگر گفته شود که منظور، نهیِ شوهران سابق از ممانعت نکاح مطلقه‌ها پس از سپری‌شدن عده است، در این صورت دلالتی بر مطلوب نخواهد داشت (صاحب‌جواهر، ۱۸٤/۲۹).

گفتنی است که موضوع در آیهٔ شریفه، زنان مطلقه‌ای است که عدهٔ آن‌ها به پایان رسیده است و نیز باتوجه‌به اینکه زن غیرمدخوله عده ندارد؛ بنابراین استدلال مذکور مبتنی بر این است که بگوییم زنان باکره‌ای که به طریق غیرمتعارف مدخوله شده‌اند نیز بایستی عده نگه دارند؛ چراکه مسئلهٔ عضل ولی پس از ثبوت ولایت برای اوست و ولایت تنها در خصوص زن بالغهٔ باکره مطرح است.

اشکال: استدلال مذکور اشکال دارد؛ زیرا موضوع بحث در این آیهٔ شریفه مطلقه‌های مدخولٌ‌بها است و مخاطب، شوهران سابق آن‌هاست، چنان‌که عبارت «وَ إذا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ» شاهد بر آن و بیانگر آن است که منع تزویج مطلقهٔ مدخوله به غیر همسر اول او جایز نیست؛ چراکه افراد طلاق‌دهنده می‌خواهند با این عمل خود به آنان ضرری وارد کنند که این عمل شرعاً حرام است. بنابراین، به بحث ما که سقوط ولایت ولی بر تزویج باکرهٔ رشیده در فرض عضل است، ارتباطی ندارد (قطب راوندی، ۱۸۱/۲؛ فاضل مقداد، کنز العرفان، ۲۸۳/۲؛ حکیم، ٤٤۹/۱٤؛ خوئی، موسوعة، ۲۱۸/۳۳). افزون بر آن، اگر گفته شود آیهٔ شریفه مربوط به عضل ولی است، در این صورت صرفاً بر حرمت تکلیفی عضل دلالت خواهد داشت و این امر مستلزم حکم وضعی سقوط ولایت نیست (مکارم شیرازی، ۲۸۰)، مگر اینکه گفته شود ظهور در ارشاد به آن دارد (حسینی روحانی، ۱٦۳/۲۱).

ب. روایات: در روایات باب «أَنَّ الْمُخَالِفَ إِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثاً وَ إِنْ لَمْ يَسْتَوْفِ شَرَائِطَ الطَّلَاقِ كَانَ ذَلِکَ وَاقِعاً» یا «أَنَّ الْمُخَالِفَ إِذَا كَانَ يَعْتَقِدُ وُقُوعَ الثَّلَاثِ فِی مَجْلِسٍ أَوِ الطَّلَاقِ فِی الْحَيْضِ أَوِ الْحَلْفِ بِالطَّلَاقِ وَ نَحْوِهِ جَازَ إِلْزَامُهُ بِمُعْتَقَدِهِ» آمده است؛ از امام صادق(ع) دربارهٔ زنی که بدون رعایت شرایط، طلاق داده شده است (طلاق بدعی و غیرواجد شرایط) سؤال شد، حضرت(ع) فرمودند: آن زن می‌تواند ازدواج کند، زیرا او(گناهی نکرده و) نبایستی بدون شوهر رها شود (طوسی، الاستبصار، ۲۹۲/۳؛ حر عاملی، ۷۳/۲۲).

روایت مذکور که با سند «الْحَسَنُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ سَمَاعَةَ وَ الْحَسَنِ بْنِ سَمَاعَةَ وَ

الْحَسَنِ‌بْنِ‌عُدَیْسٍ عَنْ أَبَانٍ عَنْ عَبْدِالرَّحْمَنِ الْبَصْرِیِّ عَنْ أَبِی‌عَبْدِاللهِ(ع)» بیان شده است، از احادیث موثق به شمار می‌رود (مجلسی، محمدتقی، ۵۱/۹؛ مجلسی، محمدباقر، ۱۱۹/۱۳).

در روایت دیگری نیز عبدالله‌بن‌سنان می‌گوید: دربارۀ مردی که زنش را طلاق به غیر عده[1] داده است، سپس از او دوری می‌کند تا عده‌اش سپری شود، سؤال کردم: آیا من می‌توانم بعد از گذشت عده با او ازدواج کنم؟ حضرت(ع) در جواب فرمودند: بله، اشکالی ندارد (طوسی، الاستبصار، ۲۹۲/۳؛ حر عاملی، ۷۳/۲۲).

روایت مذکور با سند: «عَنْهُ[2] عَنْ مُحَمَّدِبْنِ‌زِیَادٍ عَنْ عَبْدِاللَّهِ‌بْنِ‌سِنَانٍ» مطرح شده و محدثان آن را موثق و بلکه همانند صحیح می‌دانند (مجلسی، محمدتقی، ۵۱/۹؛ مجلسی، محمدباقر، ۱۱۹/۱۳).

در روایات باب مذکور، معصوم(ع) فرموده است: زنی که مطابق مذهب شوهرش طلاق داده شده، هرچند این طلاق ازنظر مذهب آن زن باطل است او می‌تواند اقدام به ازدواج کند؛ زیرا او نمی‌تواند معطل و بدون شوهر رها شود. برخی از فقها معتقدند از عموم تعلیل مذکور معلوم می‌شود که برای ولی ولایتی به این عنوان که به‌طورکلی از تزویج مولی‌علیه (حتی از تزویج او به مرد کفو او) ممانعت کند، ثابت نیست؛ چراکه مولی‌علیه نباید بدون شوهر و معطل باقی بماند (خوئی، موسوعة، ۲۱۸/۳۳)؛ بنابراین، چنان‌که از تعلیل مذکور برمی‌آید ثبوت ولایت برای ولی در نکاح، ولایتی مطلق و بی‌قید و شرط نیست و این‌گونه نیست که ولی اختیار تام داشته باشد، بلکه ولایت‌داشتن او محدود به رعایت قیود و شرایطی است که ازنظرِ فقهی و حقوقی تبیین شده است و ازجملۀ این شروط آن است که نباید مولی‌علیه با وجود خواستگاری که عرفاً و شرعاً کفو اوست و هر دو تمایل به ازدواج دارند، مورد ممانعت ولی در امر تزویج قرار بگیرد.

ج. ثبوت خیانت ولی به‌سبب عضل و ممانعت: برخی از فقها معتقدند درصورتی‌که ولی از تزویج مولی‌علیه با مرد کفو او ممانعت و مخالفت کند، با وجود اینکه هر دوی آن‌ها رغبت به انعقاد عقد نکاح دارند، این امر مثبت خیانت ولی است و سبب سقوط ولایت او خواهد بود (صاحب‌جواهر، ۱۸۳/۲۹تا۱۸٤).

استدلال مذکور مبتنی بر این است که ولایت‌داشتن بر کسی مشتمل و متضمن امانت است؛ ازاین‌رو شخص ولی در صورت عمل به خلاف مصلحت مولی علیه، اهلیت لازم برای آن را نخواهد داشت.

---

۱. بر اساس آیۀ شریفۀ «یا أَیُّهَا النَّبِیُّ إِذا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ» (طلاق: ۱) که خداوند متعال دستور داده، حساب عده را داشته باشید و به‌گونه‌ای طلاق بدهید که زنان به‌دنبال آن عده نگه دارند، یعنی زمانیکه مطلقه در حیض و یا در طهر مواقعه نباشد، مراد از طلاق به عده، طلاق در حال حیض یا در طهر مواقعه است که زن نمی‌تواند عده نگه دارد (سبحانی، درس خارج فقه، ۱).

۲. مراد، حسن‌بن‌محمدبن‌سماعه است.

در اشکال بر استدلال مذکور گفته شده است: اگر خیانت ولی در سقوط ولایت او مـؤثر باشـد، صـرفاً سبب سقوط ولایت در همان فعلی خواهد شد که در آن خیانت تحقق یافته است، نـه اینکـه سـبب سـقوط کلی ولایت و ثبوت استقلال مولی‌علیه شود (حسینی روحانی، ١٦٣/٢١).

د. مناسبت حکم و موضوع: برخی از فقها معتقدند کـه مسـتفاد از برخـی نصـوص ایـن اسـت کـه ولایت‌داشتن پدر از باب نفع‌رساندن به دختر باکرهٔ رشیده است، نه بـرای ضرررسـاندن بـه او؛ چنان‌کـه در تمام موارد ولایت، اعم از ولایت عامه و خاصه، حفظ مصالح مولی‌علیه مـدنظر اسـت و ولـی در واقـع در خدمت اوست؛ ازاین‌رو چنین ولایتی اقتضا می‌کند در تمام اموری که ولی انجام می‌دهد، مصلحت دختـر باکرهٔ رشیده رعایت شود (خوئی، موسوعة، ٢١٩/٣٣؛ مکارم شیرازی، ٢٨٠). به‌عبارتی‌دیگر، ولایت‌داشتنِ ولی نوعی امتنان است؛ ازاین‌رو اگر ممانعت او بدون هیچ‌گونه مصلحتی و صرفاً از روی عناد و لجاجت با دختر یا خواستگار او باشد، ولایت او ساقط می‌شود (سبحانی، نظام النکاح، ١٩٤/١).

ه. استدلال به قیاس اولویت: در صحیحهٔ ابوحمزهٔ ثمالی از امام محمدباقر(ع) نیز آمـده اسـت: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ(ص) قَالَ لِرَجُلٍ: أَنْتَ وَ مَالُکَ لِأَبِیکَ، قَالَ أَبُوجَعْفَرٍ(ع): مَا أُحِـبُّ أَنْ یَأْخُـذَ مِـنْ مَـالِ ابْنِـهِ إِلَّا مَـا احْتَاجَ إِلَیْهِ مِمَّا لَابُدَّ مِنْهُ إِنَّ اللَّهَ لایُحِبُّ الْفَسـادَ» (حـر عـاملی، ٢٦٣/١٧)؛ رسـول گرامـی اسـلام(ص) بـه شخصی فرمود: تو و مال تو برای پدرت است، امام محمدباقر(ع) فرمود: من دوست ندارم که پدری از مال فرزند خود بردارد، مگر به مقداری که احتیاج دارد و بدان ناچار شده اسـت؛ زیـرا خداونـد متعـال فرمـوده است: فساد را دوست ندارد.» چنان‌که ملاحظه می‌شود بر اساس روایت مذکور، ولایت پـدر در خصـوص مال فرزند محدود به فسادنداشتن شده است، پس در بحث ولایت بر نکاح باکرهٔ رشیده نیز که با مسئلهٔ آبرو مرتبط است، به‌طریق اولیٰ بایستی چنین محدودیتی وجود داشـته باشـد؛ ازایـن‌رو برخـی از فقهـا بـر ادلـهٔ بیان‌شده افزوده‌اند که اگر ولی از تزویج مولی‌علیه خود با کفو او ممانعت کند، ایـن امـر، مخـالف فطـرت انسانی است و سبب شیوع فسادی می‌شود که در اسلام از آن نهی شده اسـت؛ لـذا ولـی حـق ممانعـت از تزویج مولی‌علیه با کفو او را ندارد؛ چراکه سبب فساد می‌شود (خوئی، موسوعة، ٢١٩/٣٣؛ سبحانی، نظـام النکاح، ١٩٤/١).

و. استناد به قاعده‌های لاحرج و لاضرر: مستفاد از اطلاقات آیات و روایات این است که ایجاد عقد نکاح در اختیار خود دختر باکرهٔ رشیده است بدون اینکه برای پدر یا جد پدری ولایتی باشد، اما بـر اسـاس برخی نصوص از اطلاقات ادلهٔ مذکور رفع ید می‌کنیم و رضایت و ولایت آن‌ها را معتبر و شرط مـی‌دانیم و این نصوص هرچند مقیِّد اطلاقات ادلهٔ مذکور بوده‌اند، اما نصوص مذکور خود نیز مقیَّد به ادلهٔ نفی حـرج هستند؛ یعنی اعتبار رضایت آن‌ها تا زمانی است که منجر به عسـروحرج مولی‌علیـه نشـود (همـو، همـان،

۱۹٤/۱). بنابراین، اشتراط اذن ولی حتی در صورت عضل و ممانعت او منشأ و سبب حرج برای مولی‌علیه است و با ادلهٔ لاحرج نفی می‌شود.

پس اقتضای قاعدهٔ نفی عسروحرج این است که در فرض مذکور ولایت ولی ساقط می‌شود (سبزواری، ۲٦٤/۲٤)؛ زیرا ولایت او بر نکاح دختر امتنانی است، بنابراین اگر ممانعت وی بدون مصلحت و صرفاً از روی عناد و لجاجت با دختر یا خواستگار او باشد، ولایتش ساقط می‌شود. افزون بر آن، مطابق قاعدهٔ لاضرر و لاضرار، حکم ضرری مورد نفی شارع مقدس است، بنابراین ضرررساندن برخی از افراد در خصوص برخی دیگر جایز و نافذ نیست (بحرانی، ۲۳۲/۲۳؛ کاشف الغطاء نجفی، ۲۳؛ سبحانی، نظام النکاح، ۱۹٤/۱).

اشکال: برخی از فقها در اشکال بر استدلال به قاعدهٔ لاضرر و لاحرج گفته‌اند که افزون بر اخص‌بودنِ دلیل در خصوص مدعا، دو قاعدهٔ مذکور صرفاً نفی حکم می‌کنند، نه اثبات حکم؛ بنابراین، بر اساس استدلال به قاعده‌های مذکور نمی‌توان استقلال دختر باکره را اثبات کرد (حسینی روحانی، ۱٦۳/۲۱).

به نظر می‌رسد اشکال مطرح‌شده وارد نیست و استدلال به قاعده‌های مذکور در مسئلهٔ محل تحقیق، تام و صحیح است؛ چراکه ممانعت بی‌دلیلِ ولی از تزویج مولی‌علیه به کفو او، با وجود میل و رغبت طرفین و سوءاستفاده از حق ولایت، درحقیقت به‌نوعی در تنگنا قراردادن مولی‌علیه و ورود ضرر (به‌معنای عدم‌نفع و سوء حال) به او تلقی می‌شود.

بنابراین اخص‌بودن دلیل در خصوص مدعا پذیرفته نیست. ازنظرِ اینکه قاعده‌های مذکور صرفاً جنبهٔ نفی حکمی دارند نه اثبات حکم، بایستی گفت که اولاً، این مطلب امری اختلافی بین فقهاست؛ زیرا برخی از فقها معتقدند که قاعده‌های مذکور باتوجه به حکومت ادلهٔ آن‌ها راجع به ادلهٔ اولیه، تنها نافی احکام ضرری و حرجی هستند و هیچ‌گونه نقش اثبات حکم ندارند و تمسک به آن‌ها برای اثبات و ایجاد حکم، مستلزم تأسیس فقه جدید است (خوانساری، ۱۹۱/۵). در مقابل، برخی دیگر از فقها معتقدند که قواعد مذکور افزون بر نفی حکم ضرری و حرجی درصورتی‌که از نبود حکمی ضرر یا حرجی برای افراد پدید آید، اثبات حکم نیز خواهند کرد و در موارد متعددی برای اثبات حکم به آن‌ها استناد کرده‌اند (طباطبایی، ۱٦/۱٤)؛ ثانیاً، بر فرض پذیرش اینکه قاعده‌های مذکور صرفاً نفی حکم می‌کنند نه اثبات حکم، باید بگوییم که در این صورت استدلال به قاعده‌های مذکور تنها برای اثبات استقلال مولی‌علیه کارساز نخواهد بود، اما برای سقوط و نفی ولایت ولی همچنان درخورِ استناد است.

تحلیل و بررسی: مستفاد از مجموع ادله، ثبوت حق ولایت برای ولی در نکاح صرفاً برای رعایت مصلحت مولی‌علیه در امر خطیر نکاح و استفاده از تفکرات و تجربیات ولی در مسئلهٔ مهم زندگی

مولی‌علیه؛ یعنی انتخاب همسر است که این امر با تام‌الاختیاربودن ولی و اینکه تعیین تکلیف نکاح مولی‌علیه به‌طور مطلق در دست او باشد، منافات دارد. بنابراین، ثبوت ولایت مذکور در عین اطلاق، مقید به وجود خصوصیاتی در ولی است که هدف از جعل چنین ولایتی برآورده شود. بر این اساس می‌توان گفت که صرف ممانعت بی‌دلیل ولی از تزویج مولی‌علیه خود با مردی که ازنظر شرعی و عرفی کفو اوست و هر دو تمایل به عقد نکاح دارند، سبب عدم‌صلاحیت ولی و سقوط ولایت او می‌شود. ازاین‌رو، فقها نیز در باب نکاح و در بحث اولیای عقد و عضل ولی به‌طور مطلق بیان کرده‌اند که ممانعت بی‌دلیل ولی سبب سقوط ولایت او می‌شود و قید یا شرطی (به‌نحو شرط متأخر) نیاورده‌اند که اگر منجر به تحقق عقد نکاح یا وقوع عقد و برقراری رابطهٔ زناشویی شود ولایت او ساقط می‌شود و همچنین در ادلهٔ سقوط ولایت ولی در صورت عضل نیز -چنان‌که ملاحظه شد- چنین قید و شرطی معتبر دانسته نشده است. بنابراین، باتوجه‌به نبود دلیل بر اشتراط، در صورت تردید در اشتراط نیز با استناد به اصل عدم، عدم‌اشتراط[1] آن ثابت می‌شود. حاصل سخن اینکه مطابق ادله و دیدگاه فقها، صرف ممانعت بی‌دلیل ولی از تزویج مولی‌علیه با کفو شرعی و عرفی او سبب سقوط ولایت او می‌شود و این امر مشروط به وقوع عقد یا وقوع عقد و برقراری رابطهٔ زناشویی (دخول) نیست.

٤. اثر مترتب بر ولایت ساقط‌شدهٔ ولی به‌دلیل عضل

پس از تبیین این نکته که به‌مجرد ممانعت ولی از تزویج مولی‌علیه با مرد کفو او، ولایت او ساقط می‌شود و این امر مشروط به‌تحقق عقد نکاح یا وقوع عقد و برقراری رابطهٔ زناشویی نیست، بحث در اثر مترتب بر سقوط ولایت است. به‌عبارتی روشن‌تر، پس از تحقق سقوط ولایت ولی، این مسئله درخورِ طرح و بررسی است که آیا ولایت ولی فقط در خصوص همان فعل و موردی که ممانعت غیرموجه و خیانت او ثابت شده ساقط می‌شود و دختر باکرهٔ رشیده در خصوص همان مورد استقلال رأی پیدا می‌کند یا اینکه افزون بر سقوط ولایت ولی در خصوص همان مورد، در سایر موارد نیز ولایت او به‌طورکلی ساقط می‌شود و دختر باکرهٔ رشیده به‌طورکلی می‌تواند در تصمیم‌گیری خود مستقلاً عمل کند؟

مستفاد از مجموع ادلهٔ سقوط ولایت ولی در صورت عضل این است که صرف ممانعت غیرموجهِ ولی سبب سقوط ولایت او به‌طورکلی می‌شود و بلکه از ظاهر عبارات برخی از فقها نیز که فرموده‌اند: «ولو

---

۱. ازنظر علمای اصولی، استصحاب عدمی یا به تعبیری، اصل عدمی در صورت تردید در اشتراط یک شیء در امری نیز جاری می‌شود (نائینی، اجود التقریرات، ۱۰۳/۱؛ سبحانی، المحصول، ۳۵۹/٤) و فقها در موارد متعددی به اصالة عدم‌الاشتراط استناد کرده و به عدم‌شرطیت شیء مشکوک در مسئله‌ای حکم داده‌اند (علامه حلی، مختلف الشیعه، ٤۰۰/٥؛ حلی، ٦١٤/٤؛ فاضل مقداد، التنقیح الرائع، ١٦٥/٢ و ١٢٤/٤؛ صاحب‌جواهر، ١٩٩/٢٧؛ بجنوردی، ٢٤٥/٤).

عضلها الولی -و هو أن لایزوّجها بالاکفاء مع رغبتها- استقلّت إجماعاً» (علامه حلی، قواعد الاحکام، ١٤/٣) یا اینکه فرموده‌اند: «لو عضلها الولی سقط اعتبار رضاه و جاز لها الاستقلال بالعقد علی نفسها» (بحرانی، ۲۳۲/۲۳) و «إذا عضلها الولی أی منعها من التزویج بالکفو مع میلها سقط اعتبار إذنه» (طباطبائی یزدی، ٨٦٤/٢)، چنین استفاده می‌شود که مراد از سقوط ولایت ولی در صورت عضل، سقوط کلی ولایت ولی و ثبوت استقلال باکرهٔ رشیده است، نه سقوط ولایت در خصوص یک مورد. آنچه از اشکال برخی از فقها (حسینی روحانی، ١٦٣/٢١) در استدلال به ثبوت خیانت ولی به‌سبب عضل و ممانعت و استدلال به قاعده‌های لاضرر و لاحرج برای سقوط ولایت ولی برمی‌آید این است که مدنظر فقها در سقوط ولایت ولی در بحث عضل، سقوط کلی ولایت ولی است، نه سقوط در خصوص یک مورد. افزون بر آن، این امر؛ یعنی سقوط کلی ولایت ولی و ثبوت استقلال مولی‌علیه چنان‌که برخی از فقها تصریح کرده‌اند (علامه حلی، قواعد الاحکام، ١٤/٣؛ محقق کرکی، ١٢٧/١٢؛ بحرانی، ٢٣٢/٢٣)، نظری اجماعی میان فقهای قائل به ثبوت ولایت مذکور است.

افزون بر ادلهٔ مذکور برای سقوط کلی ولایت ولی می‌توان به چند دلیل دیگر نیز استناد کرد که عبارت‌اند از:

أ. استناد به قدر متیقن از ثبوت حق ولایت: علت اختلاف آرای فقها در خصوص ثبوت ولایت در عقد نکاح باکرهٔ رشیده ناشی از اختلاف روایات[1] است و آن دسته از فقهایی که قائل به ثبوت چنین ولایتی هستند صرفاً از باب تعبد به روایات دال بر آن، قول به لزوم اذن و رضایت ولی را اختیار کرده‌اند، چراکه مولی‌علیه در بحث ما شخص عاقل و بالغ و رشید است که در سایر امور خود، غیر از انعقاد عقد نکاح اهلیت دارد و تحت ولایت کسی نیست و نیز اصل بر عدم‌ولایت شخصی در خصوص فرد دیگر است و ثبوت ولایت برای ولی در نکاح بالغهٔ رشیده به‌دلیل ادلهٔ مذکور از این اصل خارج شده است؛ ازاین‌رو به‌نظر می‌رسد که بایستی به قدرمتیقن از ثبوت چنین ولایتی اکتفا کرد؛ یعنی تا زمانی این ولایت ثابت است که مصلحت مولی‌علیه مراعات شود و ولی دارای اوصاف و خصوصیاتی باشد که بتواند به مولی‌علیه نفع رساند و در تصمیم‌گیری او را یاری کند. بنابراین، به‌صرف ظهور عدم رعایت مصلحت مولی‌علیه از سوی ولی، دیگر ولایتی برای او ثابت نمی‌شود.

ب. قاعدهٔ اقدام به زیان: مستفاد از قاعدهٔ مذکور این است که هرگاه شخصی عملی را از روی علم و آگاهی انجام دهد که سبب سلب امتیاز از او شود کسی مسئول جبران آن نخواهد بود. بر اساس قاعدهٔ

۱. نک: کلینی، الکافی، ۳۹۱/۵تا۳۹٤؛ حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۲٦٧/۲۰تا۲۷۳.

مذکور، در بحث ما نیز ثبوت حق ولایت برای ولی در نکاح باکرۀ رشیده امتیازی برای ولی است و دخالت‌دادن و محترم‌شمردن نظر او در انعقاد نکاح مولی‌علیه محسوب می‌شود و به‌منظور رعایت مصلحت مولی‌علیه و استفاده از تجربیات ولی است، بنابراین استیفای چنین ولایتی و استفاده از اختیارات ناشی از آن بایستی محدود به رعایت حال مولی‌علیه باشد؛ ازاین‌رو، در صورت احراز و اثبات زیان‌زنندگی تصمیم ولی بر مولی‌علیه، ولایت او در خصوص همان مورد به‌طورقطع ساقط می‌شود و برای اثبات ولایت در سایر موارد، به‌عبارتی، برای بازگشت ولایت ساقط‌شده نیاز به دلیل است که در این بحث هیچ دلیلی برای ثبوت مجدد ولایت وجود ندارد؛ لذا به‌طورکلی می‌گوییم که به‌صرف سقوط ولایت ولی در موردی، دیگر هیچ ولایتی برای او باقی نمی‌ماند.

ج. استصحاب سقوط ولایت: درصورتی‌که بر اساس ادلۀ ذکرشده نتوان سقوط کلی ولایت ولی را اثبات کرد، حداقل پس از سقوط اعتبار اذن او در خصوص همان موردی که عدم‌رعایت حال مولی‌علیه از سوی ولی محرز شده، راجع به بقای ولایت او در سایر موارد تردیدی حاصل می‌شود که آیا ولایت ساقط‌شدۀ ولی باز می‌گردد یا خیر؟ در این صورت بر اساس اصل استصحاب، حکم به بقای سقوط ولایت ولی می‌شود؛ چراکه مطابق ادلۀ مستند برای ثبوت ولایت در تزویج باکرۀ رشیده؛ مانند روایت حلبی از امام صادق(ع) که در آن آمده است: «سألت عن البکر اذا بلغت مبلغ النساء أ لها مع أبیها امرٌ؟ فقال: لیس لها مع أبیها امرٌ ما لم تُثیّب»[1](حر عاملی، ۲۷۱/۲۰)، به‌طور عام در تمام زمان‌هایی که مولی‌علیه دارای وصف باکره و رشیده باشد و ولی اوصاف لازم را دارد، برای ولی ولایتی در تزویج او ثابت است، اما به‌سبب ادلۀ سقوط ولایت ولی در صورت عضل و ممانعت بی‌وجه او از تزویج مولی‌علیه با مرد کفو او، عام مذکور تخصیص می‌خورد و چنین ولایتی در همان زمان و در همان مورد خاص از بین می‌رود، حال تردید داریم که راجع به زمان‌های بعدی و سایر موارد نیز این ولایت از بین رفته است یا خیر؟ آیا در سایر زمان‌ها بایستی به عموم عام عمل کنیم و چنین ولایتی را ثابت بدانیم یا حکم مخصص را استصحاب کنیم و قائل به سقوط ولایت مذکور شویم؟

مطابق مبنای علمای اصولی، هرگاه حکم عامی وارد شده باشد، سپس حکم خاصی آن را در خصوص برخی افراد در زمانی تخصیص زند، آنگاه این تردید به وجود آید که آیا پس از گذشت زمان اول (و مورد اول) که با تخصیص از عموم عام خارج شده، می‌توان راجع به زمان‌های دیگر نیز حکم خاص را باقی

۱. از امام صادق(ع) دربارۀ دختر باکره‌ای که زمان ازدواج او فرا رسیده سؤال کردم که آیا او در صورت وجود پدر اختیاری (در نکاح خود) دارد؟ حضرت(ع) فرمود: با وجود پدر، دختر هیچ اختیار (و استقلالی) ندارد، تازمانی‌که ثیبه نگشته است. گفته شده عبارت: «لیس لها مع أبیها امرٌ» ظهور قوی در نفی استقلال باکره و اشتراط اذن ولی دارد (شبیری زنجانی، کتاب النکاح، ۳۹۹۱/۱۱).

دانست یا استصحاب حکم خاص جاری نمی‌شود و باید به‌عموم عام تمسک کرد؟ در این صورت بایستی بحث و بررسی کرد که عموم عام از کدام قسم است؛ اگر عموم عام، استغراقی زمانی باشد، یعنی همهٔ افراد عام به‌صورت مستقل تحت حکم عام باشند و هر فرد زمانی به‌تنهایی موضوع حکم باشد، در این صورت نمی‌توان حکم خاص را استصحاب کرد؛ زیرا با حکم خاص فقط یک فرد که در زمان اول واقع شده از عموم عام خارج شده است، اما اگر بخواهیم با استصحاب حکم خاص، این حکم را به‌زمان‌های بعدی تسری دهیم، لازمه‌اش آن است که با وجود حکم عام آن را بی‌دلیل تخصیص زاید بزنیم و این صحیح نیست. اگر عموم عام از نوع عام مجموعی باشد (مثل وجوب امساک از طلوع فجر تا غروب آفتاب یا وجوب وفای به عقد)؛ یعنی عام بیانگر حکمی مستمر در طول زمان باشد و به تعداد زمان‌های مختلف حکم وجود نداشته باشد، می‌توان استصحاب حکم خاص کرد؛ زیرا با ورود خاص و تخصیص عام، حکم عام منقطع می‌شود و زمان‌های پس از زمان ورود خاص را شامل نخواهد شد، درنتیجه استصحاب حکم خاص سبب تخصیص زاید نمی‌شود (انصاری، ۲۷۳/۳تا۲۷۵؛ آخوند خراسانی، ٤۲٤؛ خوئی، مصباح الاصول، ۲۵۷/۲تا۲۵۸؛ محقق داماد، مباحثی از اصول فقه، ٥٦/۳تا٥۷). باتوجه‌به مبنای اصولی مطرح‌شده به نظر می‌رسد که در مسئلهٔ محل تحقیق، ثبوت ولایت برای ولی راجع به تزویج باکرهٔ رشیده در تمام زمان‌هایی که مولی‌علیه وصف باکره دارد، حکمی مستمر در طول زمان‌های مذکور است؛ یعنی مستفاد از ادلهٔ ثبوت ولایت در نکاح باکرهٔ رشیده، حکم واحدی است متعلق به وجود چنین ولایتی برای ولی و معتبربودن رضایت او در نفوذ عقد، نه اینکه به تعداد زمان‌ها موضوع وجود داشته و برحسب تعدد آن احکام متعددی نیز مطرح باشد. بنابراین، عموم عام ادلهٔ ثبوت ولایت برای ولی در تزویج باکرهٔ رشیده از نوع عام مجموعی است، حال پس از سقوط ولایت ولی به‌سبب ممانعت غیرموجه او در خصوص یک مورد و منقطع‌شدن حکم عامِ ثبوت ولایت برای ولی، در صورت تردید در خصوص بقای آن در سایر موارد، حکم مخصص؛ یعنی سقوط ولایت ولی را استصحاب می‌کنیم و به سقوط ولایت به‌طورکلی در تمام زمان‌های بعدی حکم می‌شود.

گفتنی است با استصحاب بیان‌شده، سقوط کلی ولایت ولی ثابت می‌شود و ثبوت استقلال باکرهٔ رشیده با آن اثبات‌شدنی نیست؛ چراکه ثبوت استقلال برای باکرهٔ رشیده لازمهٔ عقلی سقوط کلی ولایت ولی است، چنان‌که در علم اصول ثابت شده است که آثار عقلی یا عادی مستصحب را نمی‌توان بر اجرای استصحاب مترتب دانست. به‌عبارت دیگر، اصل مثبت، حجت نیست، اما ازآنجاکه پس از سقوط کلی ولایت ولی، برای فرد دیگری چنین ولایتی ثابت نیست، دختر باکرهٔ رشیده مستقلاً در امر نکاح خود تصمیم‌گیری خواهد کرد.

۵. سقوط ولایت ولی به صرف عضل در قانون مدنی

پس از تحلیل و بررسی ادله و آرای فقها و حصول این نکته که -در صورت قول به لزوم اذن ولی در نکاح باکرۀ رشیده- ولایت ولی به مجرد ممانعت غیرموجه او به‌طورکلی ساقط می‌شود، گفتنی است که قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران نیز از دیدگاه آن دسته از فقهایی که قائل به اعتبار اذن ولی در نکاح باکرۀ رشیده هستند، تبعیت کرده و نکاح دختر بالغ باکرۀ رشیده را منوط به اذن ولی دانسته است؛ یعنی چنانکه عقد نکاحِ چنین دختری بدون اذن ولی انجام گیرد، نافذ نیست و پس از حصول اجازۀ او نافذ می‌شود. ازاین‌رو، در مادۀ ۱۰۴۳ ق.م مقرر داشته است: «نکاح دختر باکره اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد، موقوف به اجازۀ پدر یا جد پدری او است و هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند اجازۀ او ساقط و در این صورت دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد با او ازدواج نماید و شرایط نکاح و مهری که بین آن‌ها قرار داده شده است، پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به‌دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به‌ثبت ازدواج اقدام نماید.»

ملاحظه می‌شود که قانون مدنی نیز به پیروی از نظر اجماعی فقهای قائل به لزوم اذن ولی در نکاح باکرۀ رشیده، ممانعت و مضایقۀ بدون علت موجه ولی از دادن اذن را سبب سقوط ولایت او دانسته است و به‌نظر می‌رسد از مادۀ مذکور نیز می‌توان سقوط کلی ولایت ولی به مجرد ممانعت غیرموجه او را استفاده کرد؛ چراکه اطلاق عبارت «هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند اجازۀ او ساقط و...» و نیفزودن قید «در همان مورد» پس از عبارت اجازۀ او، بیانگر سقوط کلی ولایت ولی است، نه سقوط ولایت در خصوص یک مورد. بنابراین، پس از ممانعت بی‌دلیل ولی از دادن اذن، اعتبار اذن او ساقط می‌شود و مولی‌علیه در ایجاد عقد نکاح خود مستقل خواهد شد. این احتمال نیز وجود دارد که گفته شود قانون‌گذار صرفاً ممانعت غیرموجه ولی را سبب سقوط ولایت او دانسته است؛ اما نسبت به سقوط کلی ولایت ساکت است.

به هرصورت قانون‌گذار برای پیشگیری از مفاسد و حل مسائل و رفع منازعات و به بن‌بست نرسیدن روابط اجتماعی، با استفاده از اصول و قواعد حاکم بر فقه اسلامی، در این‌گونه موارد مقرر کرده است که دختر پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص می‌تواند به دفتر ازدواج مراجعه و در خصوص ثبت ازدواج اقدام کند. چنان‌که برخی از حقوق‌دانان و محققان در شرح مادۀ مذکور مطرح کرده‌اند: مضایقه از دادن اجازه ممکن است به چهار صورت اتفاق افتد: ۱. بدون بیان علت ازدواج را رد کند؛ ۲. به استناد علت غیرموجه آن را رد کند؛ ۳. هیچ‌گونه نظر موافق یا مخالفی را اعلام نکند؛ ٤. با ذکر علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند.

در سه صورت اول دختر حق دارد به شرح ذیل مادهٔ ۱۰٤۳ به دادگاه مراجعه و اجازهٔ ازدواج تحصیل کند (محقق داماد، بررسی فقهی حقوق خانواده، ٥٥)، اما درصورتی‌که مضایقه از اجازه‌دادن با ذکر علت موجه باشد، دختر نمی‌تواند با مرد پیشنهادشده ازدواج کند؛ مانند آنکه ولی، دختر تحصیل‌کردهٔ خود را که از خانوادهٔ محترمی است از نکاح با مردی که سابقهٔ شرارت و چاقوکشی دارد یا چندین بار درنتیجهٔ جرایم عمومی محکوم و در زندان به سر برده منع کند (امامی، ٤/٢٨٦).

گفتنی است که اثبات موجه‌بودن دلائل رد نیز برعهدهٔ ولی نیست، بلکه چنانچه پس از انجام امر ازدواج، ولی معترض باشد، کافی است که در دادگاه مخالفت خود را به اثبات رساند و اثبات موجه‌نبودن دلائل رد یا ناموجه‌بودن مخالفت ولی برعهدهٔ زوجین است (محقق داماد، بررسی فقهی حقوق خانواده، ٥٥تا٥٦).

نتیجه‌گیری

پس از تحلیل و بررسی ادله و عبارات فقها و حقوق‌دانان نتایج زیر به دست می‌آید:

اعتبار اذن ولی در نکاح باکرهٔ رشیده از مسائل مهم باب نکاح است که به‌دلیل اختلاف روایات در این خصوص و به‌کاربستن اصل احتیاط، بین فقهای امامیه اختلاف زیادی پدیدار شده است؛ به‌طوری‌که افزون بر دو قول متقابلِ استمرار ولایت ولی و استقلال باکرهٔ رشیده، تفصیلات متعددی نیز از سوی ایشان مطرح شده است.

همهٔ قائلان به‌لزوم اذن ولی در نکاح باکرهٔ رشیده برآنند که ممانعت بی‌دلیل ولی از تزویج مولی‌علیه با مردی که ازنظر شرعی و عرفی کفو اوست و هر دو رغبت به ازدواج دارند، سبب سقوط ولایت او می‌شود. این امر در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران نیز منعکس شده و قانونگذار در مادهٔ ۱۰٤۳ ق.م پس از تصریح به لزوم اذن ولی در نکاح باکرهٔ رشیده، عضل او را سبب سقوط ولایتش دانسته است.

ثبوت ولایت برای ولی در امر نکاح، همانند سایر موارد ثبوت ولایت صرفاً برای رعایت مصلحت مولی‌علیه و تصمیم‌گیری به‌نفع اوست؛ ازاین‌رو، داشتن چنین ولایتی هیچ‌گونه اقتدار و سلطه‌ای برای ولی در نکاح مولی‌علیه ایجاد نمی‌کند و بلکه بقای آن پس از ثبوت نیز منوط به وجود شایستگی‌های اخلاقی و قدرت تدبیر در ولی است. بنابراین، در صورت عضل و ممانعت بی‌دلیل او از تزویج مولی‌علیه با مرد کفو او، با وجود میل و رغبت هر دو به ایجاد عقد نکاح، صلاحیت‌نداشتن ولی و خیانت او احراز می‌شود و دیگر هیچ‌گونه ولایتی برای او باقی نخواهد ماند.

افزون بر آن، بر اساس روایات رسیده از ائمه(ع)، مناسبت حکم و موضوع، استدلال به قیاس اولویت و

قاعده‌های لاحرج و لاضرر، استناد بـه قـدر متـیقن از ثبـوت حـق ولایـت، قاعـدهٔ اقـدام بـه زیـان و اصـل استصحاب نیز می‌توان اذعان داشت که ممانعت بی‌وجـه ولـی در فـرض مـذکور سـبب سـقوط ولایـت او به‌طورکلی می‌شود و مولی‌علیه در انعقاد عقد نکاح خود استقلال خواهد داشت.

منابع

قرآن کریم

آبی، حسن‌بن‌ابیطالب، کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، چاپ‌سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱٤۱۷ق.

آخوند خراسانی، محمدکاظم‌بن‌حسین، کفایة الاصول، چاپ‌اول، قم: آل‌البیت(ع)، ۱٤۰۹ق.

ابن‌ادریس، محمدبن‌احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ‌دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱٤۱۰ق.

ابن‌بابویه، محمدبن‌علی، کتاب من لایحضره الفقیه، چاپ‌دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱٤۱۳ق.

ابن‌براج، عبدالعزیزبن‌نحریر، المهذب، چاپ‌اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱٤۰٦ق.

ابوالصلاح حلبی، تقی‌بن‌نجم، الکافی فـی الفقـه، چـاپ‌اول، اصـفهان: کتابخانـهٔ عمـومی امـام امیرالمـؤمنین(ع)، ۱٤۰۳ق.

امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران: اسلامی، بی‌تا.

انصاری، مرتضی‌بن‌محمدامین، فرائد الاصول، چاپ‌نهم، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱٤۲۸ق.

ایزدی‌فرد، علی‌اکبر و حسین کاویار، «جستاری فقهی حقـوقی پیرامـون عضـل در نکـاح بـاکرهٔ رشـیده»، مطالعـات اسلامی فقه و اصول، س٤۳، ش۸۷/۱، ۱۳۹۰، ص ٦۸-۳۵

بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیة، به‌تحقیق مهدی مهریزی و محمدحسین درایتی، چاپ‌اول، قم: الهادی، ۱٤۱۹ق.

بحرانی، یوسف‌بن‌احمد، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، چاپ‌اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱٤۰۵ق.

تجلیل تبریزی، ابوطالب، التعلیقة الاستدلالیة علی تحریر الوسیلة، چاپ‌اول، تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشـر آثـار امـام خمینی(ره)، ۱٤۲۱ق.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، چاپ‌اول، تهران: کتابخانهٔ گنج دانش، ۱۳۷۸.

حر عاملی، محمدبن‌حسن، تفصیل وسائل الشـیعة الـی تحصـیل مسـائل الشـریعة، چـاپ‌اول، قـم: آل‌البیـت(ع)، ۱٤۰۹ق.

حسینی روحانی، سیدصادق، فقه الصادق(ع)، چاپ‌اول، قم: دار الکتاب-مدرسهٔ امام صادق(ع)، ۱٤۱۲ق.

حکیم، محسن، مستمسک العروة الوثقی، چاپ‌اول، قم: دار التفسیر، ۱٤۱٦ق.

حلی، محمدبن‌حسن، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، چاپ‌اول، قم: اسماعیلیان، ۱۳۸۷ق.

خمینی، روح‌الله، تحریر الوسیله، تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره)، ۱٤۱۲ق.

خوانساری، احمد، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، چاپ‌دوم، قم: اسماعیلیان، ۱٤۰٥ق.

خوئی، ابوالقاسم، مصباح الاصول، چاپ‌اول، قم: مؤسسة احیاء آثار السید الخوئی، ۱٤۲۲ق.

______________، موسوعة الامام الخوئی، چاپ‌اول، قم: مؤسسة احیاء آثار الامام الخوئی، ۱٤۱۸ق.

سبحانی، جعفر، نظام النکاح فی الشریعة الاسلامیة الغراء، چاپ‌اول، قم: بی‌نا، بی‌تا.

______________، المحصول فی علم الاصول، چاپ‌اول، قم: مؤسسهٔ امام صادق(ع)، ۱٤۱٤ق.

______________، درس خارج فقه، ۱۳۹۲/۰۸/۰٤،

http://www.eshia.ir/feqh/archive/text/sobhani/feqh

سبزواری، عبدالاعلی، مهذب الاحکام، چاپ‌چهارم، قم: المنار، ۱٤۱۳ق.

شبیری زنجانی، موسی، کتاب النکاح، چاپ‌اول، قم: مؤسسهٔ پژوهشی رأی‌پرداز، ۱٤۱۹ق.

شهید ثانی، زین‌الدین‌بن‌علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، چاپ‌اول، قم: کتاب‌فروشی داوری، ۱٤۱۰ق.

صاحب‌جواهر، محمدحسن‌بن‌باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ‌هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱٤۰٤ق.

طباطبایی، علی‌بن‌محمد، ریاض المسائل، چاپ‌اول، قم: آل‌البیت(ع)، ۱٤۱۸ق.

طباطبائی یزدی، محمدکاظم، العروة الوثقی، چاپ‌دوم، بیروت: اعلمی، ۱٤۰۹ق.

طوسی، محمدبن‌حسن، الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، چاپ‌اول، تهران: دار الکتب الاسلامیة، ۱۳۹۰ق.

______________، التبیان فی تفسیر القرآن، بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.

______________، الخلاف، چاپ‌اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱٤۰۷ق.

______________، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، چاپ‌دوم، بیروت: دار الکتاب العربی، ۱٤۰۰ق.

______________، تهذیب الاحکام، چاپ‌چهارم، تهران: دار الکتب الاسلامیة، ۱٤۰۷ق.

عظیم‌زاده اردبیلی، فائزه، «آثار و گسترهٔ اذن ولی در نکاح دوشیزه»، فقه و حقوق خانواده، س۱٤، ش۵۰، ۱۳۸۸، ص۸۸-٦۸.

علامه حلی، حسن‌بن‌یوسف، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، چاپ‌اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱٤۱۳ق.

______________، مختلف الشیعة فی احکام الشریعة، چاپ‌دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱٤۱۳ق.

علم‌الهدی، علی‌بن‌حسین، الانتصار فی انفرادات الامامیة، چاپ‌اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱٤۱٥ق.

فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة؛ النکاح، چاپ‌اول، قم: مرکز فقهی ائمهٔ اطهار(ع)، ۱٤۲۱ق.

فاضل مقداد، مقدادبن‌عبدالله، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، چاپ‌اول، قم: کتابخانهٔ آیت‌الله مرعشی نجفی، ۱٤۰٤ق.

ـــــــــــــــــ، کنز العرفان فی فقه القرآن، چاپ‌اول، قم: مرتضوی، ۱٤۲۵ق.

فراهیدی، خلیل‌بن‌احمد، کتاب العین، چاپ‌دوم، قم: هجرت، ۱٤۱۰ق.

فیومی، احمدبن‌محمد، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، چاپ‌اول، قم: دار الرضی، بی‌تا.

قطب راوندی، سعیدبن‌هبةالله، فقه القرآن، چاپ‌دوم: قم: کتابخانهٔ آیت‌الله مرعشی نجفی، ۱٤۰۵ق.

کاشف الغطاء نجفی، حسن‌بن‌جعفر، انوار الفقاهة؛ کتاب النکاح، چاپ‌اول، نجف: مؤسسهٔ کاشف الغطاء، ۱٤۲۲ق.

کلینی، محمدبن‌یعقوب، الکافی، چاپ‌چهارم، تهران: دار الکتب الاسلامیة، ۱٤۰۷.

مجلسی، محمدباقربن‌محمدتقی، ملاذ الاخیار فی فهم تهذیب الاخبار، چاپ‌اول، قم: کتابخانهٔ آیت‌الله مرعشی نجفی(ره)، ۱٤۰٦ق.

مجلسی، محمدتقی‌بن‌مقصودعلی، روضة المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه، چاپ‌دوم، قم: مؤسسهٔ فرهنگی اسلامی کوشانبور، ۱٤۰٦ق.

محقق حلی، جعفربن‌حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ‌دوم، قم: اسماعیلیان، ۱٤۰۸ق.

محقق داماد، مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده- نکاح و انحلال آن، چاپ‌اول، قم: بی‌نا، بی‌تا.

ـــــــــــــــــ، مباحثی از اصول فقه، چاپ‌اول، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳٦۲.

محقق سبزواری، محمدباقربن‌محمدمؤمن، کفایة الاحکام، چاپ‌اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱٤۲۳ق.

محقق کرکی، علی‌بن‌حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ‌دوم، قم: آل‌البیت(ع)، ۱٤۱٤ق.

مصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، چاپ‌اول، تهران: مرکز الکتاب للترجمة و النشر، ۱٤۰۲ق.

مفید، محمدبن‌محمد، المقنعة، چاپ‌اول، قم: کنگرهٔ جهانی هزارهٔ شیخ مفید(ره)، ۱٤۱۳ق.

مکارم شیرازی، ناصر، انوار الفقاهة؛ کتاب النکاح، چاپ‌اول، قم: مدرسة الامام علی‌بن‌ابی‌طالب(ع)، ۱٤۲۵ق.

نائینی، محمدحسین، اجود التقریرات، به‌تقریر سیدابوالقاسم خوئی، چاپ‌اول، قم: عرفان، ۱۳۵۲.